



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om spesialskyss med drosje/turvogn. Det ble anført at innklagede hadde brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter avlysningen, og ved så å avlyse konkurransen med forhandling. Det ble også anført at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå midlertidige avtaler med tilbyderne i konkurransene som skulle være mens innklagede kunngjorde en ny konkurranse om anskaffelsen. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. august 2010 i sak 2010/221

Klager: Vestfold Taxisentral AS

Innklaget: Vestviken Kollektivtrafikk AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Morten Goller

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Vestviken Kollektivtrafikk AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. mars 2010 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om skoleskyss med drosje/turvogn i Vestfold. Anskaffelsens totale verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være mellom 140 og 184 millioner kroner. I konkurransegrunnlaget var det blant annet gitt følgende informasjon om anskaffelsen:

«1.2 Anskaffelsen - Rammeavtalen

Oppdragsgiver innbyr til åpen anbudskonkurranse om tildeling av rammeavtaler for transport av skoleelever og andre hvor det ikke benyttes rutegående materiell, kalt spesialskyss, i Vestfold fylke samt ut og inn av fylket.

En rammeavtale er i denne sammenheng en avtale inngått mellom VKT og en eller flere transportører som har til formål å fastsette vilkårene for de oppdrag som skal tildeles i løpet av avtaleperioden.

Rammeavtalen er ment å dekke oppdragsgivers behov for kjøp av aktuelle transporttjenester i avtaleperioden. Rammeavtalene vil utgjøre grunnlaget for tildeling av transportoppdrag etter hvert som disse defineres, jfr. punkt 12.

Oppdragsgiver tar utgangspunkt i at anbudskonkurransen er aktuell for taxisentraler, drosjeløyvehavere og turvognløyvehavere.

[...]

1.4 Transportbehov - Deloppdrag

Det totale transportbehovet er delt inn i 6 deloppdrag. Et deloppdrag er definert av turens lengde og antall passasjerer.

Det er anledning til å gi tilbud på ett eller flere deloppdrag, se nærmere om oppbygging av prismodellen i punkt 11. Hvert deloppdrag vil bli vurdert separat. Det er ikke anledning til å gi rabatt/prisalternativer som er avhengige av tildeling av andre deloppdrag.

1.5 Antall mulige rammeavtaler

Det vil bli inngått rammeavtale(r) for hvert enkelt deloppdrag, jfr. punkt 11.

Oppdragsgiver står fritt til å velge å inngå rammeavtale med en eller flere transportører om det enkelte deloppdrag. Forutsatt at det er tilstrekkelig antall egnede transportører og tilbud, kan oppdragsgiver derfor inngå flere rammeavtaler om det enkelte deloppdrag, såkalt parallelle rammeavtaler. Med egnede tilbud menes tilbud som ikke er avvist.

Dersom det inngås parallelle rammeavtaler med flere transportører om alle/enkelte deloppdrag, vil tildeling av turer skje i henhold til beskrivelse i punkt 12.»

- (2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 5 «Avgjørelse av konkurransen» refereres:

«5.1 Avlysning og totalforkastelse

Oppdragsgiver har rett til å avlyse konkurransen for alle eller enkelte deloppdrag dersom det foreligger saklig grunn, jfr. anskaffelsesforskriften § 22-1 (1). Dette gjelder for eksempel dersom det er mangelfull konkurranse.

Oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det, jfr. anskaffelsesforskriften § 22-1 (2). Dette gjelder for eksempel dersom oppdragsgiver vurderer prisene som urimelig høye eller oppdragsgiver ikke har budsjettmessig dekning for de kostnader tilbudene vil medføre.

5.2 Evaluering og tildelingskriterier

Oppdragsgivers intensjon er å inngå flere parallelle rammeavtaler for hvert deloppdrag med transportører som har gitt tilbud på deloppdraget, se punkt 1.4 og 11.

Tildeling av rammeavtaler skjer på basis av de tilbud som har lavest pris pr. kilometer.

Dersom det inngås parallelle rammeavtaler, vil tildeling av turer skje til den transportør som i hvert enkelt tilfelle gir lavest kostnad for oppdragsgiver, se punkt 12.

Tildelingen vil være begrenset av den kapasitet transportøren har oppgitt i sitt tilbud, se punkt 2.4.»

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 11 og 12 fremgikk blant annet følgende:

«11 PRISMODELL

11.1 Prisskjema

Tilbyder må benytte prisskjema som vist i vedlegg 3 for å angi priser pr deloppdrag samt utgangspunkt for kostnadsberegning som angir hvor kjørt distanse skal beregnes fra.

11.2 Utgangspunkt for kostnadsberegning – turens lengde

Utgangspunktet for kostnadsberegning er det enkelte sted som oppdragsgiver har listet opp i vedlegg 7.

Det ytes godtgjørelse pr. kilometer for hele turens lengde.

Turens lengde blir beregnet fra utgangspunktet for kostnadsberegning, til siste elev er levert og korteste strekning tilbake til samme utgangspunkt.

Transportøren kan gi tilbud på ett eller flere utgangspunkt for kostnadsberegning.

Dersom det tilbys ulik pris for ulike utgangspunkt for kostnadsberegning, må det benyttes flere Prisskjemaer (dvs. ett Prisskjema pr. tilbudt utgangspunkt for kostnadsberegning).

Dersom det tilbys lik pris på ulike utgangspunkt for kostnadsberegning, benyttes samme Prisskjema. Det understrekes da at navnet på SAMTLIGE aktuelle utgangspunkt for kostnadsberegning må påføres i tekstfeltet på Prisskjema.

[...]

12 TILDELING AV TURER (AVROP)

Alle tjenester som skal leveres som følge av inngåtte rammeavtaler, skal bestilles gjennom utstedelse av bestillingsordre. Slike ordrer utstedes fra [dato] til [dato] med forbehold om endringer. Bestillingen skal om mulig gjøres skriftlig pr. faks eller e-post.

Oppdragsgiver vil i hvert enkelt tilfelle velge den transportør og utgangspunkt for kostnadsberegning som gir lavest kostnad for oppdragsgiver. En transportør med høyere kilometerpris kan derfor tildeles tur dersom transportørens utgangspunkt for kostnadsberegning for kjørt distanse medfører at antall kilometer kjørt blir lavere og det derfor blir en lavere total kostnad for oppdragsgiver. Ut fra denne forutsetning kan oppdragsgiver tildele turer fra et hvilket som helst tilbudt utgangspunkt for kostnadsberegning uansett hvor transporten skal utføres.

Oppdragsgiver kan eventuelt benytte en større bil enn det transporten tilsier dersom dette vil gi lavere total kostnad.

Alle bestillingsordrer er underlagt vilkårene i disse kontraktsbestemmelsene. I tilfelle konflikt mellom bestillingsordren og kontraktsbestemmelsene, skal kontraktsbestemmelsenenes vilkår gå foran.»

- (4) Innklagede mottok ti tilbud innen tilbudsfristen den 18. mai 2010 kl. 10.00. Blant leverandørene som leverte tilbud i konkurransen var Vestfold Taxisentral AS (heretter kalt klager) og Tønsberg Taxi AS.
- (5) Den 14. juni 2010 besluttet innklagede i et internt møte at konkurransen måtte avlyses. Fra møtereferatet hitsettes:

«Transportørenes tilbud

Ved åpning av tilbudene 18/5-10 kom det inn tilbud fra 10 transportører. Åtte av disse transportørene har kjøring for VKT i dag. De to transportørene uten avtale i dag har kapasitet på kun henholdsvis 1 og 2 biler.

I møtet gjennomgikk vi tilbudene som ble levert 15/5-10 og sammenlignet disse med dagens priser.

Grunnlaget for sammenligningen er gjennomført ved at det er plukket ut tilfeldig utvalgte turer fra hele fylket med forskjellige transportører. Ved prisberegningen for dagens pris er det lagt til grunn det som fremkommer som turpris på transportørens faktura (d.v.s avtalt pris pr. km med elev i bilen). Ved sammenligning av dagens priser mot tilbudene som er levert 15/5-10 er kostnadene blitt beregnet for samme transportør pr. tur med de reglene for beregning av antall km som står i konkurransegrunnlaget 2010. Videre er det lagt til grunn at kjøringene skjer to ganger daglig (til og fra skolen) i 190 skoledager.

Det er plukket ut et tilfeldig utvalg turer som utgjør ca. 1/3 av kostnadene for spesialskyss på årsbasis basert på 190 skoledager. Disse utvalgte turene representerer 15,7 mill. kroner av årskostnadene for spesialskyss. Beregningen viser at prisene basert på de tilbudene vi har fått 18/5-10 gjør at kostnadene for turene vil øke med 6,1 mill kroner til 21,8 mill kroner på årsbasis. Dette innebærer en økning på 38,5 % i forhold til dagens priser.

Videre er det foretatt en beregning for de samme utvalgte turene hvor vi legger dagens priser til grunn, og sammenligner med det billigste tilbudet for det enkelte stasjoneringsted og med den kapasitet som den enkelte transportør tilbyr. Denne beregningen viser en kostnadsøkning på 1,4 mill kroner for de utvalgte turene. Dette gir en økning i kostnadene på 9 %.

Når det gjelder den siste beregningen ble det understreket i møtet at det ikke vil være mulig i praksis å gjennomføre det beregningen baserer seg på av kapasitetsmessige årsaker. Det vil f.eks. ikke være mulig å overføre så mange biler fra Tønsberg Taxi med stasjoneringsted i Tønsberg til Larvik og Sandefjord som beregningen baserer seg på uten at dette får store konsekvenser for avviklingen av transporten innenfor Tønsberg Taxi sitt nærområde.

I møtet ble det spesielt sett på tilbudene fra de to største transportørene Vestfold Taxi og Tønsberg Taxi. Disse to transportørene har en omsetning i dag som representerer 69

% av de årlige kostnadene for spesialskyss i Vestfold. Vestfold Taxi med 37 % av kostnadene og Tønsberg Taxi med 32 %. Viser til vedlegg 5.

Det viser seg at tilbudene fra Vestfold Taxi og Tønsberg Taxi har stor variasjon i sin prissetting. Vi vurderer dette slik at disse to store transportørene kan med rimelig stor sikkerhet anta hvilke områder de kan regne med konkurranse og hvilke områder de er så dominerende at det vil være liten eller ingen konkurranse. Dette mener vi er grunnlaget for denne store variasjonen i prissettingen. Det bør her legges til at de stedene hvor prisene fra disse to selskapene er lavest utgjør en liten del av de totale antall transportoppdrag for fylket.»

- (6) Innklagede informerte tilbyderne om avlysningen ved brev 15. juni 2010. I brevet ble det gitt følgende begrunnelse for avlysningen:

«Nærmere begrunnelse

2.1 Kort om oppdragsgivers rett til å avlyse

[...]

2.2 Konkret – Avlysningsgrunnen

VKT sin begrunnelse for avlysningen er som følger:

Etter gjennomgang av tilbudene kan det konstateres at det for en rekke sentrale kontraktsområder er tilbudt km priser som vil føre til urimelig høye kostnader.

Dette fremkommer både ved «intern sammenligning» av priser i de ulike områder, og sammenligning av prisene i gjeldende avtaler, holdt opp mot det faktum at vi i denne konkurransen har endret oppgjørsbestemmelsene. I denne konkurransen er det lagt opp til at transportør får godtgjørelse pr. kilometer for hele turens lengde, jf. konkurransegrunnlagets punkt 11.2. VKT la til grunn at denne endringen ville innebære at km-prisene ville være betydelig lavere enn i forrige konkurranse.

VKT har tatt frem et representativt tilfeldig utvalg av dagens turer, fordelt over hele fylket og foretatt en kostnadssammenligning. Utvalget antas å representere ca 1/3 av siste års transportkostnader for spesialskyss i Vestfold, forutsatt transport i 190 skoledager. Sammenligningen er gjort ved at VKT har funnet totalkostnaden for de enkelte turene etter dagens km pris og sammenlignet dette mot turens kostnad basert på tilbudte km priser ved denne konkurransen, fra samme transportør. Denne beregningen viser at VKT ville fått en årlig økning i sine kostnader til spesialskyss i Vestfold med ca. 30 %.

Det kan dermed konstateres at kontraktsinngåelse i henhold til tilbudte km priser vil innebære en betydelig overskridelse av den økonomiske rammen som er anslått til ca. 46 millioner ekskl. mva., jf. Konkurransegrunnlaget punkt 10.1.»

- (7) Innklagede inviterte deretter tilbyderne i anbudskonkurransen til å delta i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav a, alternativt § 14-4 bokstav b. Forhandlinger mellom klager og innklagede ble avholdt 18. juni 2010. Innklagede førte referat fra møtet.

- (8) Den 29. juni 2010 avholdt innklagede et internt møte vedrørende anskaffelsen av spesialskyss. Fra møtereferatet hitsettes:

«Bakgrunn for møtet var en vurdering av resultatene etter at det har vært en gjennomgang av de tilbudene som ble levert VKT i forbindelse med konkurranse etter forhandlinger om «Spesialskyss Vestfold 2010».

VKT hadde konkurranse om «Spesialskyss Vestfold 2010» med anbudsåpning 18/5-2010. Denne konkurransen ble avlyst i brev av 15/6-2010 til deltagerne i tilbudskonkurransen. Deretter har VKT gjennomført en konkurranse med direkte forhandling med de selskapene som deltok i konkurransen. Dette ble avsluttet i uke 25.

I konkurransen med forhandlinger som ble gjennomført kom det inn tilbud fra alle som var deltagere i den første konkurransen.

I møtet ble de nye prisene fra tilbyderne vurdert på samme måte som ved gjennomgangen som var i forbindelse med den første konkurransen, ref møtereferat 14/6-2010.

Gjennomgangen viste at de nye prisene var noe lavere og ga noe kostnadsreduksjon for VKT i forhold til den første konkurransen. Det ble gjennomført en beregning på samme måte som ved første konkurransen og dette viste at VKT's kostnadsøkning på årsbasis sammenlignet med dagens priser ble redusert fra ca. 30 % til ca. 20 %. Det vil si at det fortsatt vil være en kostnadsøkning for VKT på ca. kr. 9,0 mill pr år.

Etter en gjennomgang i møtet av de nye prisene ble det besluttet å avlyse også denne konkurransen med samme begrunnelse som for konkurransen med anbudsåpning 18/5-2010, ref møtereferat av 14/6-2010.

I møtet ble det besluttet å lage en kortsiktig avtale med alle som har deltatt i konkurransen og dermed sikre transportene fra skolestart. Denne avtalen bør ha en varighet som gir VKT tid til å utarbeide et nytt konkurransegrunnlag som tar sikte på å stimulere til økt konkurranse og dermed redusere prisene.

Det ble besluttet å gi transportørene tilbud om å videreføre de prisene de har i dag i denne midlertidige avtalen. Denne avtalen gjelder inntil VKT får utarbeidet et nytt konkurransegrunnlag og fastlagt oppstartstidspunkt for denne nye tilbudskonkurransen.

I den tilbudskonkurransen som nå har vært gjennomført er det to nye transportører (Kapasitet: en bil pr. transportør) som i dag ikke har avtale med VKT. Det ble besluttet at disse to transportørene skal tilbys kjøring på lik linje med de øvrige.»

- (9) Samme dag avlyste innklagede konkurransen med forhandling. Det ble gitt følgende begrunnelse for avlysningen:

«VKT sin begrunnelse for avlysningen er som følger:

Etter gjennomgang av tilbudene mottatt i etterkant av forhandlingsrunden kan det konstateres at det for en rekke sentrale kontraktsområder fortsatt er tilbudt km priser som vil føre til urimelig høye kostnader.

Utdrag fra vårt brev datert 15. juni: [...]

Legges den samme beregningsmetoden til grunn basert på nye km priser tilbudt etter direkte forhandling med den enkelte transportør, ser det ut til at VKT fortsatt ville få en årlig økning av sine kostnader til spesialskyss i Vestfold som vil innebære en betydelig overskridelse av den økonomiske rammen som er anslått til ca. 46 millioner ekskl. mva., jf. Konkurransesgrunnlaget punkt 10.1.

VKT kan dermed ikke inngå rammeavtaler basert på tilbudte priser.

Da VKT er ansvarlig for å sikre transportene fra skolestart vil vi omgående ta kontakt med samtlige transportører som har deltatt i konkurransen for å inngå midlertidig avtale.»

- (10) Det ble så samme dag sendt følgende brev til tilbyderne vedrørende inngåelse av midlertidige kontrakter:

«Vi viser til vårt brev av 29. juni hvor vi avlyser konkurranse med direkte forhandling om spesialskyss i Vestfold 2010, grunnet for høye priser.

VKT er ansvarlig for å sikre elevskyss fra skolestart. På denne bakgrunn ønsker vi nå å inngå midlertidig rammeavtale med samtlige transportører som var med i avlyst konkurranse.

De midlertidige rammeavtalene vil bli inngått for minimum 4 måneder, med 2 måneders gjensidig oppsigelsesfrist. Rammeavtalen vil løpe inntil ny tilbudskonkurranse er gjennomført og nye langsiktige avtaler kan erstatte de midlertidige avtalene.

VKT vil utarbeide et nytt konkurransegrunnlag for ny tilbudskonkurranse for spesialskyss i Vestfold så snart det er praktisk mulig.

For transportører som har hatt rammeavtale med VKT om spesialskyss i inneværende skoleår, tilbyr VKT å inngå en midlertidig avtale basert på samme betingelser som for skoleåret 2009/2010.

Vi ber om bekreftelse til undertegnede senest fredag 02. juli kl. 12.00, på at det inngås midlertidig rammeavtale på dette grunnlag slik at tildeling av turer for neste skoleår kan skje umiddelbart.»

- (11) Klager avslo tilbudet om å inngå en midlertidig kontrakt med innklagede ved brev 1. juli 2010. Klager fremsatte også et nytt tilbud til innklagede, men innklagede avslo dette ved e-post 5. juli 2010:

«Hei!

VKT beklager at Vestfold Taxisentral AS ikke vil inngå midlertidig rammeavtale i tråd med vårt brev av 29/6-10.

Når det gjelder deres mottilbud har VKT ikke anledning til å tegne en slik langsiktig avtale som er foreslått fra deres side. VKT redegjorde for de regler som må følges i forbindelse med innkjøp av slike tjenester i vårt møte med dere 18/6-2010. VKT har av den grunn ikke realitetsbehandlet nærmere innholdet i dette tilbudet.

VKT starter denne uken med tildeling av turer for spesialskyssen i Vestfold. Vi vil opplyse om at vi i første omgang tildeler turene til de transportører vi har avtaler med, samtidig vil vi se på andre mulige løsninger for å sikre transporten fra skolestart.

Viser det seg at vi ikke finner løsninger for alle transportoppdragene med andre transportører vil vi eventuelt komme tilbake og bestille transporter på ordinær måte.»

- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 9. juli 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avslutning av opprinnelig anbudskonkurranse

- (13) Innklagede har brutt forskriften § 22-1 ved avslutningen av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen. Det forelå verken saklig grunn til å avlyse konkurransen eller til å totalforkaste de innkomne tilbudene.
- (14) To vilkår må være oppfylt for at oppdragsgiver skal kunne avlyse konkurransen. Det må foreligge en saklig grunn, og avlysningsgrunnen må enten være uforutsigbar for oppdragsgiver, eller det må være tatt forbehold i konkurransegrunnlaget. Avlysning kan kun foretas når det er forhold hos oppdragsgiver som begrunner dette. I dette tilfellet er avlysningsgrunnen oppgitt å være urimelig høye kostnader, og at alle de innleverte tilbud er priset så høyt at kontraktsinngåelse ville medføre budsjettoverskridelse for innklagede. Det er således forhold ved tilbudene, og ikke oppdragsgiver, som begrunner avlysningen. Ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn til å avlyse må det også legges vekt på at innklagede i de to siste anbudskonkurransene har avlyst konkurransen/ totalforkastet tilbudene. Dette viser at innklagedes budsjett ikke bygger på et forsvarlig grunnlag.
- (15) Innklagede hadde heller ikke rettslig grunnlag for å totalforkaste tilbudene i konkurransen. Det er opplyst i konkurransegrunnlaget at den økonomiske rammen for konkurransen er 46 millioner kroner. Denne rammen bygger på erfaringstall. Utover dette er det ikke foretatt noen vurdering av om den økonomiske rammen er fornuftig. Ved kunngjøringen av konkurransen endret innklagede prismodell fra eksisterende kontrakter. De økonomiske og administrative konsekvensene av endringen ble ikke vurdert. Innklagede har anført at det ble antatt at den endrede prismodellen ville føre til lavere priser. Denne antakelsen kan neppe sies å være fattet på et forsvarlig grunnlag. Denne formodningen styrkes av at ingen av tilbyderne har tilbudt en pris som ligger innenfor den økonomiske rammen, verken i den opprinnelige åpne anbudskonkurransen eller i den etterfølgende konkurransen med forhandling. Så vidt klager kjenner til, er det ingen leverandører som tilbyr en totalleveranse. Dette innebærer at det i praksis er umulig for den enkelte tilbyder å vurdere konsekvensen av egen prissetting opp mot den totale økonomiske rammen for anbudskonkurransen.

Bruk av konkurranse med forhandling

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter at den opprinnelige åpne anbudskonkurransen ble avlyst. Verken forskriften § 14-4 bokstav a eller bokstav b gir hjemmel til dette. Adgangen til å benytte konkurranse med forhandling etter disse bestemmelsene er svært snever, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for å benytte konkurranse med

forhandling er oppfylt. Ettersom det ikke forelå saklig grunn til å avlyse den opprinnelige anbudskonkurransen, var heller ikke vilkårene for å gå over til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring oppfylt.

Avslutning av konkurransen med forhandling

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det vises til anførslene vedrørende avlysning av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (18) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå midlertidige kontrakter med utvalgte leverandører etter at konkurransen med forhandling ble avlyst. Innklagede kan ikke høres med at selskapet kunne inngå kontraktene i medhold av nødrettsbetraktninger. Der det offentlige har slike nødrettsshjemler er disse uttømmende angitt i lovverket. Videre vises det til at anskaffelsen ikke kunne foretas etter forskriften § 14-4 bokstav a eller b. Etter disse bestemmelsene er det et vilkår for å gjennomføre konkurranse med forhandling at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene. Innklagede har i de midlertidige kontraktene foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene når det gjelder prismodell og kontraktens lengde. Prismodellene er de samme som i de tidligere kontraktene, og kontraktsperioden er redusert fra to år til fire måneder.

Innklagedes anførsler:

Avslutning av opprinnelig åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling

- (19) Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene, jf. forskriften § 22-1. Avslutningen av konkurransene er av innklagede omtalt som en avlysning. Den rette betegnelsen ville muligens vært totalforkastelse, men dette har etter innklagedes mening ingen betydning, da saklighetskravet i forskriften § 22-1 (1) og (2) er det samme. Det følger av praksis at det er saklig grunn til å avslutte en konkurranse som følge av budsjettoverskridelser så fremt budsjettet er forsvarlig fastsatt.
- (20) Etter å ha evaluert tilbudene i konkurransene ut fra et representativt utvalg av turer, fant innklagede at totalkostnadene ved å akseptere tilbudene ble for høye. Videre ble tilbudene i en rekke sentrale områder vurdert å ha et uakseptabelt høyt prisnivå. Dette medførte at konkurransene måtte anses som forfeilede. Avropsmekanismen som var angitt i konkurransegrunnlaget medførte at alle tilbyderne i realiteten konkurrerte om kjøring i det samme geografiske området. Det ville derfor ikke være mulig å kun avlyse deler av konkurransen.
- (21) Ved avlysningen av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen var innklagedes formål å oppnå en reduksjon av de tilbudte prisene og/eller en endring av utgangspunktene for beregning, slik at det kunne inngås rammeavtaler som totalt sett var økonomisk akseptable.
- (22) Ved avlysningen av konkurransen med forhandling ønsket innklagede å kunngjøre en ny konkurranse, der konkurransegrunnlaget var endret, slik at det ble oppnådd konkurranse og økonomisk akseptable priser.
- (23) Klager kan ikke høres med at det ikke var angitt en øvre grense for betalingsvillighet i konkurransegrunnlaget, og at avslutningene av konkurransene derfor ikke var saklige. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget opplyst om anskaffelsens anslåtte verdi. Det

er ikke grunnlag for å hevde at innklagedes kostnadsoverslag var uforsvarlig. Budsjettet var basert på prisene i eksisterende rammeavtaler, moderert for de endringene i prismekanismene som var gjort i konkurransen. Det krevde etter innklagedes mening ingen nærmere analyse å legge til grunn at prisene per kilometer ville være lavere når leverandørene på grunn av endringen i prismodell ville få betalt for flere kilometer per tur. På bakgrunn av eksisterende kontrakter og tidligere anbudsrunder var leverandørene, inkludert klager, kjent med økonomi som en begrensende faktor før konkurransen ble kunngjort. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget også gjort uttrykkelig oppmerksom på at urimelig høye tilbud og manglende budsjettmessig dekning ville kunne begrunne forkastelse av alle tilbud.

Bruk av konkurranse med forhandling

- (24) Innklagede hadde hjemmel i § 14-4 bokstav b til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, etter avlysningen av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen. Uttrykket «*ikke foreligger tilbud*» i § 14-4 bokstav b må forstås slik at det også omfatter situasjonen der alle tilbudene er forkastet. Klagenemnda har tidligere godtatt at § 14-4 bokstav b får anvendelse i tilfeller der det bare er kommet inn ett tilbud, og dette er forkastet på grunn av høy pris. Selv om det i dette tilfellet ble foretatt en vurdering av hvorvidt alle de innkomne tilbudene var økonomisk uakseptable, må det anses tilstrekkelig at prisnivået totalt var uakseptabelt høyt og at det ikke var mulig å foreta en delvis avlysning av konkurransen, ettersom alle tilbyderne konkurrerte om kjøring i det samme området.
- (25) Alternativt hadde innklagede hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav a til å benytte konkurranse med forhandling. Forutsatt at bokstav b ikke får anvendelse, må ordlyden i denne bestemmelsen anses å dekke den situasjonen at tilbudene som ut fra omfang/kapasitet dominerer anskaffelsen er økonomisk uakseptable, og andre tilbud ikke kan aksepteres innen rammen av samme konkurranse.
- (26) Dersom klagenemnda finner at verken § 14-4 bokstav b eller § 14-4 bokstav a ga hjemmel for å benytte konkurranse med forhandling, er dette regelbruddet reparert ved at denne konkurransen ble avlyst uten kontraktsinngåelse.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Innklagede foretok ikke en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå midlertidige kontrakter med tilbyderne etter at konkurransen med forhandling var avlyst. Innklagede måtte dekke sitt behov for transporttjenester fra og med august 2010. Klagenemnda har tidligere slått fast at oppdragsgiver etter en avlyst anbudskonkurranse ikke kan avholde to konkurranser etter hverandre med hjemmel i forskriften § 14-4. Slik situasjonen hadde utviklet seg, hadde innklagede ingen annen mulighet enn å inngå midlertidige avtaler inntil en ny konkurranse var avholdt. Deltakerne i de gjennomførte konkurransene er likebehandlet ved at samtlige fikk mulighet til å inngå kontrakt med innklagede, og kravet til konkurranse må, hensett til proporsjonalitetsprinsippet og tidsrammen, anses tilstrekkelig ivaretatt. Det var ikke praktisk mulig å invitere til en ordinær konkurranse om de kortvarige kontraktene innen den knappe tidsrammen innklagede hadde til rådighet. Prisene som ligger til grunn for kontraktene er også et resultat av tidligere gjennomført konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

(28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder landtransport av skoleelever, som er en prioritert tjeneste i vedlegg 5 kategori 2. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 140 og 184 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi da forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2.

Avlysning av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen

(29) Innklagede avlyste den opprinnelige åpne anbudskonkurransen ved brev 15. juni 2010. Spørsmålet i det følgende er om avlysningen er rettmessig.

(30) Det følger av forskriften § 22-1 (1) at «[o]ppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn». Videre kan oppdragsgiver «forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det», jf. forskriften § 22-1 (2). Det følger av praksis at saklighetskravet er det samme etter begge leddene, jf. klagenemndas saker 2004/65 og 2008/111 premiss (32). Dette innebærer at det avgjørende både for om det foreligger avlysningsrett og om det foreligger rett til å totalforkaste beror på en vurdering av om det foreligger en saklig grunn. Siden innklagede i dette tilfellet har avlyst konkurransen vurderes denne saken ut fra første ledd. Konklusjonen ville imidlertid blitt den samme om saken ble vurdert ut fra 2. ledd.

(31) Spørsmålet om det foreligger adgang til å avlyse en konkurranse må ikke blandes sammen med spørsmålet om hvorvidt dette kan skje erstatningsfritt. Dette innebærer at oppdragsgiver kan ha saklig grunn til å avlyse en konkurranse, men likevel bli erstatningsansvarlig. I spørsmålet om det foreligger en avlysningsrett må det foretas en vurdering av om det objektivt sett foreligger en saklig grunn til avlysning, mens det i erstatningsspørsmålet må ses hen til hvorvidt oppdragsgiver har opptrådt forsvarlig. Hvis oppdragsgiver ikke har opptrådt forsvarlig, kan vedkommende etter omstendighetene bli erstatningsansvarlig selv om vedkommende har saklig grunn til å avlyse konkurransen.

(32) Vurderingen av om det objektivt sett foreligger en saklig grunn til avlysning beror på en konkret helhetsvurdering hvor det blant annet er relevant å ta hensyn til hvilken omstendighet som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473 og Rt. 2007 side 983. I Rt. 2001 side 473 fastslår Høyesterett at økonomiske hensyn normalt må anses som en saklig grunn for avlysning. Det samme er også lagt til grunn i klagenemndas tidligere praksis, jf. blant annet sakene 2008/60 premiss (29) og 2008/78 premiss (60), hvor det fremgår at budsjettoverskridelse normalt må anses som en saklig avlysningsgrunn. Budsjettet må imidlertid være forsvarlig fastsatt, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/24 premiss (120).

(33) Innklagede har i brev 15. juni 2010 begrunnet avlysningen med at det i en rekke av områdene som var omfattet av konkurransen var tilbudt kilometerpriser som ville føre til urimelig høye kostnader for innklagede. Det er videre vist til at innklagedes beregninger, basert på et representativt utvalg av turene som var gjennomført det siste året, viste at innklagede ville få en økning i kostnadene til spesialskyss for skoleelever på cirka 30 %. Dette representerte en betydelig overskridelse av den fastsatte økonomiske rammen på 46 millioner kroner per år.

- (34) Innklagedes begrunnelse for å avlyse hviler altså fullt ut på økonomiske betraktninger. Innklagede har opplyst at budsjettet var basert på historiske tall, moderert for de endringer i prismekanismen som var gjort i konkurransen. Klagenemnda har ikke grunnlag for å anse denne budsjetteringen uforsvarlig. I tillegg hadde innklagede i foreliggende sak også eksplisitt, gjennom angivelsen av anskaffelsens verdi i kunngjøringen, synliggjort aktuelle oppdrags økonomiske ramme. Videre var det i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 angitt at konkurransen kunne bli avlyst eller at tilbudene kunne bli totalforkastet. Sistnevnte for eksempel dersom oppdragsgiver vurderte tilbudsprisene som urimelig høye eller dersom oppdragsgiver ikke hadde budsjettmessig dekning for de kostnader tilbudene ville medføre. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse den åpne anbudskonkurransen og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konkurranse med forhandling

- (35) Det neste spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav a eller b til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter avslutningen av den åpne anbudskonkurransen.
- (36) Etter forskriften § 14-4 bokstav a kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når *«tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse er [...] uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med [...] § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) »*. Etter forskriften § 14-4 bokstav b kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *«dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkårene»*.
- (37) Siden dette er unntaksbestemmelser er det opp til oppdragsgiver å godtgjøre at vilkårene er oppfylt. Bestemmelsene må tolkes restriktivt, jf. klagenemndas sak 2008/24 og tidligere avgjørelser fra EU-domstolen.
- (38) Det følger av ordlyden at dersom oppdragsgiver har mottatt flere tilbud i konkurransen, må samtlige tilbud være uakseptable eller uegnete for at bestemmelsene skal komme til anvendelse. Grunnen til at tilbudene er uakseptable eller uegnete behøver imidlertid ikke være den samme for alle tilbudene.
- (39) Innklagede mottok i dette tilfellet ti tilbud i den åpne anbudskonkurransen, og spørsmålet er om alle disse tilbudene oppfylte vilkårene.
- (40) Det er uklart hva som ligger i kravet om at tilbudene som foreligger er *«uakseptable»* eller *«ikke er egnet»*. Innholdet i vilkårene er ikke klargjort gjennom praksis fra EU-domstolen eller norske domstoler. I klagenemndas sak 2008/24 premiss (123) er det vist til Fornyings- og administrasjonsdepartementets *«Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar»* (veilederen) side 94, der det fremgår at tilbudene er *«ueigna når dei ikkje oppfyller formålet med anskaffinga slik det går fram av kunngjeringa og konkurransegrunnlaget»*.
- (41) Etter klagenemndas syn må det som et klart utgangspunkt legges til grunn at et tilbud ikke kan anses uakseptabelt eller uegnet bare fordi det overskrider oppdragsgivers budsjett. Selv om det anses å foreligge saklig grunn til totalforkastelse, betyr det således ikke at grunnvilkåret i § 14-4 a eller b er oppfylt.

- (42) Amdal og Roll-Mathisen forutsetter på s 225 at prisen i et tilbud kan anses "uforholdsmessig høy og dermed uakseptabel". Som vist i KOFA sak 2008/131 premiss (64) er det uansett klart at ikke enhver budsjettoverskridelse i tilbudet gjør det uakseptabelt. Steinicke og Groesmeyer, s. 814, note 15, viser til artikkel 30 (1) bokstav a i Direktiv 2004/18 og dens lignende formulering om tilbud som er "*uantagelige efter nationale bestemmelser*". Disse forfatterne legger til grunn at vilkåret kun knytter seg til regelbestemmelser, og antar på denne bakgrunn at en tilbudspris som overstiger budsjettet, verken er uakseptabelt i direktivets forstand, eller kan begrunne konkurranse med forhandling. Denne løsningen støttes av Dragsten og Lindalen s. 697 som skriver at det ikke er grunnlag for å bruke konkurranse med forhandling fordi tilbudene var priset høyere enn det oppdragsgiver hadde forventet.
- (43) Steinicke og Groesmeyer synes også å mene at et tilbud heller ikke kan anses "*ikke egnet*" på grunn av økonomiske forhold, og at vilkåret bare er oppfylt der tilbudet overhodet ikke er egnet til å dekke oppdragsgivers behov. Arrowsmith synes også å helle i den retning, jf at hun på s. 556 skriver at det er ulogisk å tillate en forhandlingskonkurranse i kjølvannet av en konkurranse hvor tilbudsprisene var høyere enn oppdragsgivers budsjett, da oppdragsgiveren ellers fikk vid skjønnsmessig frihet til å se bort fra utfallet av kunngjøringen og den første konkurransen. Det er imidlertid uklart om disse forfatterne bare antar at en budsjettoverskridelse ikke er nok, eller at en for høy pris uansett ikke kan gjøre tilbudet "*ikke egnet*". Drøftelsen er primært innrettet mot det førstnevnte spørsmål. I Danmark behandlet Klagenævnet for Udbud 10. november 2008 en sak mellom Dansk Taxi Forbund og Århus Amt. Saken gjaldt en konkurranse kunngjort av Århus Amt om kjøring av handicappede i amtet. Konkurransen var delt opp i 25 områder, og leverandørene kunne gi tilbud på kjøring i ett eller flere områder. Én leverandør valgte å gi tilbud på kjøring i alle de 25 områdene. I mange områder var dette det eneste innkomne tilbudet, og innebar en prisstigning på 46 %. Klagenævnet fant at tilbudet utvilsomt var uakseptabelt for oppdragsgiver, og at Århus Amt ikke hadde brutt direktiv 92/50/EF artikkel 11, 3. ledd, bokstav a (som tilsvarer § 14-4 bokstav b) ved å forhandle med virksomheter som ikke hadde inngitt tilbud i konkurransen og inngå kontrakt med disse.
- (44) Avgjørelsen taler etter klagenemndas mening for at tilbud som er uakseptable for oppdragsgiver på grunn av høye priser må anses for å oppfylle vilkåret om å være uegnet i forskriften § 14-4 bokstav b. En budsjettoverskridelse er uansett ikke nok i seg selv, men med objektivt sett vesentlig høyere priser enn man kunne forvente, kan vilkårene trolig etter omstendighetene anses oppfylt. Spørsmålet må uansett anses usikkert, og da også den nye konkurransen ble avlyst finner ikke klagenemnda grunn til å konkludere endelig på spørsmålet i denne sak.

Avlysning av konkurransen med forhandling

- (45) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen med forhandling, fordi det ikke forelå saklig grunn for avlysningen, jf. forskriften § 22-1 (1).
- (46) Innklagede avlyste konkurransen med forhandling som følge av budsjettoverskridelser. Det fremgår av referatet fra innklagedes internmøte 29. juni 2010 at innklagede, til tross for forhandlingene med tilbyderne, hadde mottatt tilbud som ville medføre at budsjettet ble overskredet med 20 %, dvs. altså 10 % mindre enn i den åpne anbudskonkurransen. På bakgrunn av det som fremgår over om avlysningen av den åpne anbudskonkurransen, finner klagenemnda at innklagede også hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen med forhandling.

Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

- (47) Etter å ha avlyst konkurransen med forhandling, inngikk innklagede midlertidige kontrakter med tilbyderne i konkurransen, med unntak av klager. Klager har anført at disse kontraktene er å anse som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (48) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har med hjemmel i loven § 7b adgang til å ilegge overtredelsesgebyr dersom en offentlig oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er i samme paragraf definert som « *en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven*».
- (49) Etter forskriften §§ 9-1 og 18-1, jf. § 2-1, skal oppdragsgiver kunngjøre alle offentlige anskaffelser hvis anslåtte verdi overstiger 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift med mindre det foreligger et anvendelig unntak fra kunngjøringsplikten.
- (50) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del III, er oppdragsgivers mulighet til å kontakte aktuelle leverandører for å inngå kontrakt uten å kunngjøre en konkurranse på ordinært vis uttømmende regulert i forskriften § 14-4 om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. klagenemndas sak 2010/249 premiss (30). Som det fremgår over, inneholder § 14-4 unntak fra hovedregelen om at det skal avholdes en åpen anbudskonkurranse. Unntaksbestemmelser fra kunngjøringsplikten skal fortolkes restriktivt.
- (51) Det følger av forskriften § 14-4 bokstav d, at oppdragsgiver kan benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring «*dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift*».
- (52) Vilkårene for at bestemmelsen skal få anvendelse er strenge, og det skal mye til for at det kan sies å foreligge «*særlige forhold*», jf. veilederen side 96. Her fremgår også at det mest praktiske trolig er å kreve at liv og helse står på spill som følge av force majeure lignende forhold, men at også andre forhold kan oppfylle vilkåret. Et eksempel på dette er klagenemndas saker 2008/81 og 2008/85, som ble behandlet sammen. Avgjørelsene gjaldt bestemmelsen i forskriften § 2-1 (2) bokstav c, som har et i det vesentlige tilsvarende innhold som § 14-4 bokstav d.
- (53) Når det gjelder kontrakter som skal dekke mer løpende behov hos innklagede tilsier de grunnleggende prinsippene i loven § 5 at bestemmelsen bare kan benyttes til å inngå midlertidige eller helt kortvarige kontrakter, før innklagede innen rimelig tid kan få på plass kontrakter inngått etter ordinær kunngjøring, jf. veilederen side 97.
- (54) I foreliggende sak hadde innklagede kunngjort en åpen anbudskonkurranse 29. mars 2010, i god tid før oppstart av kontraktene om spesialskyss for skoleelever for skoleåret 2010/2011. Risikoen for å stå uten lovpålagt spesialskyss til de elevene som var berettiget dette når skoleåret begynte må kunne anses som et "særlig forhold", og oppdragsgiver kunne ikke forutsett forholdene som ledet til totalforkastelse/avlysning av konkurransen. Under forutsetning av at det ikke var mulig å overholde forskriftens frister, herunder fristene i hasteprosedyren, vil vilkårene i forskriften § 13-3 d være oppfylt. Det forutsettes uansett at det gjennomføres en form for konkurranse, så langt dette er mulig, og klagenemnda finner under tvil at dette er oppfylt. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at de midlertidige avtalene som innklagede inngikk med

tilbyderne i konkurransene hadde hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav d, og at innklagede derfor ikke har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Vestviken Kollektivtrafikk AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 8. august 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller